

講演

罪刑法定主義の中国における実践

The Practice of “nulla poena sine lege” in China

張明楷*
監訳 鈴木彰雄**
訳 頼勇 佴***

訳者はしがき

張明楷先生は、1959年のお生まれ。1982年に湖北財経学院（現在の中南財経法政大学）法学部をご卒業ののち、1985年に同大学の修士課程を修了され、同年に同大学法学部に着任された。1998年から清華大学教授として研究・教育に従事されるとともに、中国刑法学会副会長としても活躍されている。

わが国では、1989年に東京都立大学（現在の首都大学東京）客員研究員、1995年に東京大学客員研究員、1996年にふたたび東京都立大学客員研究員として研究に従事され、日中両国の学術交流に貢献されている。

張先生のご業績は多数あるが、主著として『犯罪論の原理』（1991年）、『未遂犯論』（1997年）、『刑法の基本的立場』（2002年）、『刑法学（第4版）』（2011年）がある。

張先生は、2014年5月に来日され、同月21日に、中央大学市ヶ谷キャンパスにおいて、中央大学日本比較法研究所主催の講演会で講演された。同

* 清華大学教授

** 所員・中央大学法学部教授

*** 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

講演会には、中央大学内外の研究者と大学院生が多数訪れ、活発な意見交換が行なわれた。本稿は、同日の講演の原稿を、同先生の許諾を得て翻訳したものである。

I. 概 説

1. 罪刑法定主義の三つの時代

罪刑法定主義に関しては、新中国(中華人民共和国)が建国されて以来、三つの時代に分けて、その変遷を捉えることができる。すなわち、(1)刑法典が存在しなかった時代、(2)旧刑法の時代、(3)新刑法の時代である。

(1) 刑法典が存在しなかった時代

1949年10月1日から1979年12月31日までは、刑法典が存在しなかった時代といえる。この時代に中国には刑法典がなく、ただいくつかの刑罰法規があった¹⁾。大多数の犯罪が裁判所あるいは行政機関によって政策的にあるいは恣意的に言い渡されていた。罪刑法定主義がまったく実践されていなかったといえる。

(2) 旧刑法の時代

1979年7月に可決された新中国の最初の刑法典(1980年1月1日から施行され、1997年10月1日に現行刑法へと移行した。)には、罪刑法定主義はまだ明文化されていなかった。この時代に、罪刑法定主義の要請に著しく違反していることが、主として以下の二つの側面で現れた。

すなわち、①旧刑法第79条により、「本法の第2編各則に明文がない罪を、その編に置かれたもっとも類似する条文と対比することにより判決することができる。ただし、最高人民法院所に申し立て、その許可を得なければならない」という規定が定められていた。一方、多数の学者の意見に

1) 例えば、1951年に公布された「反革命行為等の処罰に関する法律(惩治反革命条例)」、「国家の貨幣の妨害行為等の処罰に関する臨時措置法(妨害国家貨幣治罪暂行条例)」や、1952年に公布された「汚職行為等の処罰に関する法律(惩治贪污条例)」である。

よれば、旧刑法の時代において基本的に罪刑法定主義が実践されたが、例外的にのみ類推解釈が許されていたと考えられている²⁾。もっとも、類推解釈が許された以上、罪刑法定主義が実践されていなかったという見方もある³⁾。類推解釈が許されるとしつつ、旧刑法の時代に罪刑法定主義が実践されていたというのは明らかにこじつけである。しかしながら、そのこじつけの結論は、学者らが罪刑法定主義を実践しようという期待を反映したものである。旧刑法の時代において、類推解釈が許可されたケースは100件余りあった。その大部分が、軍人の婚姻関係を破壊する罪に関するものであった。旧刑法第181条により、「現役軍人の配偶者であることをはっきりと知りながら、その者と同居しあるいは結婚した者を三年以下の懲役に処する」という規定が定められていた。ここでいう「同居」とは一般的に、現役軍人の配偶者と一緒に生活することで、単純な姦通行為ではないと解されている。しかしながら、司法実務上は次のような事件が頻繁に起こった。すなわち、行為者が現役軍人の配偶者（通常は妻）と、長期間にわたり、あるいは短期間のうちに姦通していたものの、この事実が判明した後、その配偶者が自殺したという事件である。当該行為は、旧刑法第181条に定められた「同居」あるいは「結婚」にあてはまるわけではないが、現役軍人が行為者を処罰することを強く要求したため、司法機関は、このような行為者の姦通行為を「同居」行為に類推し、軍人の婚姻関係を破壊する罪によってその者を処罰したのである。

②旧刑法第9条にある遯及効に関わる規定は、罪刑法定主義と適合していた（犯行時の規定あるいは刑罰が軽い規定によるという原則を採っていた）が、後に公布された刑罰法規が罪刑法定主義に違反する規定を採用した。全国人民代表大会常務委員会が1982年3月8日に公布した《経済を深刻に破壊した犯罪者を厳罰によって処することについての決定》で、一定

2) 楊春洗ほか『刑法总论』（北京大学出版社，1981）25頁以下，高銘暄編『刑法学』（法律出版社，1982）38頁参照。

3) 周密「罪刑法定还是法律类推」法学研究1980年第5期（1980）25頁以下，朱建华「罪刑法定原则否定论」法学杂志1985年第1期（1985）55頁以下参照。

の条件を満たせば、新たな規定によるという原則⁴⁾と、1983年9月2日に公布した《社会の治安に重大な危害を及ぼした犯罪者を厳罰にすることについての決定》で、新たな規定によるという原則⁵⁾を採っている。ここで説明する必要があるのは、この両決定は基本的に新しい犯罪類型を定めたものではなく、ただ法定刑が引き上げられたということである。しかし、これは依然として行為者に不利益を及ぼす遡及処罰で、罪刑法定主義に違反する。

そのほか、司法実務では、比較的厳格に刑法の規定を解釈することで裁判が行なわれていた。

(3) 新刑法の時代

中国は1997年3月に新しい刑法典を可決した。その法典の第3条に罪刑法定主義が明文化された。すなわち、「法律に明文化された犯罪行為は法律により罰する。法律に明文化されていない犯罪行為は罰しない」ということである。それと同時に、類推解釈の規定が削除された。総合的にみれば、新刑法が施行されて以来、司法実務が罪刑法定主義に適合してきているといわれている。

つまり、①検察官と裁判官が罪刑法定主義の観念のもと法律に明文化されていない行為を罰しないことを認識し、基本的に刑法の規定によって裁判する、②類推解釈を再び行なわない、ということである。

4) その《決定》により、「本決定は1982年4月1日から施行される。本決定が施行される以前に罪を犯した者は、1982年5月1日以前に自首し、あるいは逮捕された後に実際にあったとおりに全ての犯行を認め、かつ実際にあったとおりに他の犯罪者の犯罪事実を摘発する場合、一律に、本決定が施行される以前の法律によって処する。1982年5月1日以前に自らが犯した罪を隠蔽しつつ自首を拒み、あるいは本人が犯した全ての犯行の自白を拒み、かつ他の犯罪者の犯罪事実を摘発しない場合、犯罪が継続しているとして一律に本決定によって処する。」と定められた。

5) その《決定》は、5種類の犯罪の法定刑を引き上げ、犯罪手法の伝授罪を追加し、同時に「本決定が公布された後、前述の犯罪事件を審理するとき、本決定を適用する」と規定した。

しかしながら、問題はなお存在している。中国には「家の恥は外で言いふらすな」という諺があるが、以下でまた罪刑法定主義の要請による中国における司法の実践に存在している問題を紹介しよう。

2. 罪刑法定主義の具体的な要請

新刑法第3条後段が罪刑法定主義に関する規定であると考えられているが、その前段の規定をどのように捉えるのかが問題になる。

まず、第3条前段の規定が積極的な罪刑法定主義を定めているという見方がある。その見方からすると、第3条によって中国の罪刑法定主義の考え方はより全面的に認められていることとなる。つまり、社会を保護することと犯罪を排除することを重視するだけでなく、人権を保障することと司法権を制限することをも重視しているというのである⁶⁾。一方、第3条前段の規定は蛇足であるから、削除すべきだという見方もある⁷⁾。

前者の理解には疑問が存する。換言すれば、いわゆる積極的な罪刑法定主義はこれまで存在していなかったはずである。

後者の見方と、それを論証する方法にも著しい欠陥がある。論者は、第3条前段には人権保障の意味が欠けており、罪刑法定主義の趣旨に反しているうえ、第3条前段は罪刑法定主義に関わる規定であると認めない。しかし、後者の見方が一方で、第3条前段が積極的な罪刑法定主義に関わる規定であると認め、他方で、その規定の合理性を否認してしまった。これは、先に第3条前段に欠陥があると解釈したのち、それに対して批判を加えるということとほぼ差がないと思われる。その解釈方法は採用できない。換言すれば、論者は第3条前段の内容が罪刑法定主義に関わらないとするならば、それを罪刑法定主義として解釈しないはずである。確かに、第3条後段は罪刑法定主義に関わる規定であるが、その前段は必ずしも罪刑法定主義の規定を意味することはない。一つの条文に二つの意味がある

6) 何秉松編『刑法教科书（上卷）』（中国法制出版社，2000）63頁以下参照。

7) 刘艳红「刑法的目的与犯罪论的实质」环球法律评论2008年第1期（2008）44頁。

という現象はかなり普遍的であるが、それに対して、二つの条文に一つの意味が表されるのも珍しくはない(実は、刑法第12条に罪刑法定主義に関わる内容が定められている)。

刑法第3条後段は罪刑法定主義に関わる規定であるが、その前段はそうではなく(つまり、いわゆる積極的な罪刑法定主義ではない)、むしろわが国の刑法各則の特徴に鑑みて裁判官が恣意的に罪を言い渡すことを防止するために定められた規定だと思われる。中国の刑事立法によって犯罪の処罰範囲は厳格に制限されている。すなわち、中国刑法の各則においては犯罪の成立に量的な制限が加えられたため、諸外国の刑罰条文に含まれる微罪あるいは部分的な軽い罪が犯罪行為から除外されている。その立法例の下で、中国の裁判官は、刑法に合致する犯罪行為を犯罪行為ではない行為として対処することは容易にはできない。もし、中国の司法人員が刑法各則にある規定に合致する犯罪行為を捜査、起訴しないと、中国刑法が規制できるのはごく重大な犯罪しかないこととなる。このようなことは想像できない。刑法第3条前段は、裁判官が自由裁量の権限を乱用し、刑法に合致する犯罪行為を犯罪ではないと論ずることを防止するために作られた規定である。そして、中国刑法の各則にある特徴及び司法の現状により、刑法第3条前段の規定が必要であり、現実にも意義がある。すなわち、第3条前段の趣旨が法益保護の機能を、後段が人権保障の機能を明らかにしている。一方、法益保護の機能は制限されるべきであるとしても、人権保障の機能が無条件に法益保護の機能に優越することも決して許されない。それゆえ、刑法における法益保護の機能と人権保障の機能の間に常に衝突が存在している。第3条が、司法機関に対してその両者を調和させることを要求し、利益衡量を図る上で、両者の機能を十分に発揮させよう。他方、総体的に言えば、第3条の趣旨は司法権を制限することであるが、ただ前段と後段が制限している内容が違うだけである。

1980年代の教科書により、一般的に罪刑法定主義に四つの要請があるといわれていた。すなわち、慣習刑法の禁止、遡及処罰の禁止、類推解釈の禁止、絶対的不定期刑の禁止である⁸⁾。現在、少なくない学者らが、明確

性と実体的な内容の適正も罪刑法定主義の具体的な要請であると主張している⁹⁾。

以下、中国における刑事司法について、法律主義、遡及処罰の禁止、類推解釈の禁止、明確性、残虐な刑罰の禁止に関する状況を紹介しよう。

II. 法律主義について

中国において、犯罪とその効果を規定する法律は、全国人民代表大会及びその常務委員会しか定めることができない。各省の人民代表大会は刑法の罰則を定めることができない。

1. 慣習法について

中国は多民族国家で、少数民族の多くが漢民族と違う風俗習慣を持つ。それゆえ、刑法第90条が「民族自治の地方が全て本法の規定を適用することができない場合、自治区あるいは省の人民代表大会が当地の民族の政治、経済、文化の特色と本法の基本原則により、融通のきく規定もしくは補充的な規定を定め、その規定を全国人民代表大会常務委員会に申し立て、その許可が下された後、施行することができる。」としている。ただし、今日まで、少数民族の自治地方は何らの融通のきく規定も作らなかつたし、補充規定も制定しなかつた。言い換えると、少数民族の地方において、裁判官たちが裁判するときにも完全に現行刑法典を適用しており、慣習法を裁判の根拠として用いていない。

一方、刑法理論の中で、「行為者にとって有利な慣習法が存在している下で、行為者が慣習法により行為を実行した場合、行為者に違法性の意識の可能性が欠けていることを理由として、犯罪の成立を排除することがで

8) 楊春洗ほか・前掲注(2)24頁、高銘暄編『中国刑法学』(中国人民大学出版社、1989)32-33頁参照。

9) 马克昌編『刑法学』(高等教育出版社、2003)11頁以下、曲新久『刑法学』(中国政法出版社、2009)31頁以下参照。

きる」とされている¹⁰⁾。だが、少数民族にとって、行為者がその特有な風俗習慣によりある構成要件に合致する行為を実行し、そして違法性の意識の可能性がある(行為者が自分の行為が現行刑法典に違反していることをはっきり知っている)にもかかわらず、犯罪として認めることなく対処することもできる。例えば、刑法第258条は重婚罪を定めている。しかしながら、一部の少数民族(たとえば、ハニ族、モンゴル族、チベット族)が伝統的な風俗習慣の影響を受けて、兄弟が同じ妻を共有している、あるいは、姉妹が同じ夫を共有しているなどのような一妻多夫、一夫多妻の重婚現象が珍しくない。だが、これらの少数民族の重婚現象が重婚罪で処罰されることはない¹¹⁾。さらに、例えば刑法第236条に幼女(14歳未満)を姦淫する罪が定められている。しかし、ある少数民族(たとえば、ブミ族)が13歳の人のために成人式を開くとき、男子が14歳未満の幼女と性交する、あるいは、結婚するという現象がある。この行為を幼女の姦淫罪で罰しない可能性があるであろう¹²⁾。前述のような2種類の行為者に違法性の意識の可能性が欠いているとは言いがたいことから、慣習法がその犯罪の成立を排除することは依然として重要な役割を演じているかもしれない。

2. 命令について

中国の立法機関は行政機関に刑罰法規の制定を委任していないことから、行政機関に当たる国务院の命令が刑罰法規を制定することはできない。もちろん、中国の命令においては、「犯罪に当てはまる行為は法律によりその刑事責任を追及する」という規定がよく出でくるが、その規定は次のように把握することしかできない。すなわち、行政機関が行政犯罪に

10) 张明楷『刑法学』(法律出版社, 第4版, 2011) 55頁。

11) 张晓辉『中国法律在少数民族地区实施』(云南大学出版社, 1994) 183頁参照。

12) 韩美秀「民族自治地方刑法变通或补充立法探究」赵秉志編『新千年刑法热点问题研究与适用』(中国检察出版社, 2011) 181頁参照。

直面する時に、その対処を司法機関に譲るべきであるとされる。そして、中国の命令にそのような規定があるにもかかわらず、刑法においてそれに対応する条文がない場合、行為者の刑事責任を追及することもできないのである。

3. 判例について

判例は法源とみなされえない。上級審の判決は、下級審が判決を言い渡す時の法律根拠になりえないのである。それについて疑問はないと思われる。

現在中国において事例の指導制度が始まっている。最高人民法院所が、下級審の判決から指導的な事例を適当に選び、統一的に確定し、公布する。それによって下級審に同様の事案の審理を指導する。最高人民検察院も同様に、一部の起訴あるいは不起訴処分に関する指導的な事例を適当に選び、下級検察院に起訴あるいは不起訴処分を如何にするかを指導する。最高人民法院所が2010年11月15日に公布した《事例の指導についての規定》により、指導的な事例になる事例は、以下の条件を満たす必要がある。すなわち、(1)事例が審判に指導的な役割を果たすこと、(2)指導的な事例が属している裁判がすでに法律の効力を生じていること、(3)指導的な事例が社会に広く注目され、典型的な意義を含んでおり、難解・複雑であり、新たな類型であり、あるいはその法律の規定が比較的抽象的・原則的なこと、(4)最高人民法院所審判委員会で討論して決定されたこと、及び(5)最高人民法院所に通知の形で公布されたことである。

《事例の指導についての規定》第7条により、「各審級の人民裁判所が類似の事件を審判するときに、最高人民法院所が公布した指導的な事例を参照しなければならない。」と定められた。ただし、それらの指導的な事例は裁判の法源ではないため、下級審の裁判所と検察院がそれを直接に法律の根拠とみなすことができない。「類似」はどのような意味か、どのように「参照」するかは下級審に委ねることしかできない。また、最高人民法院所と最高人民検察院が公布したのはただ「指導的な」事例だけである。そ

の作用は司法解釈より弱いかもしれない。しかし、中国における事例の指導制度は現在普及しつつある司法解釈のもう一つの表現に過ぎず、司法解釈が持っている欠陥¹³⁾が同様に、いわゆる事例の指導制度にも存在すると思われる。

III. 遡及処罰の禁止について

2011年4月以前は、中国の司法機関は遡及効に対して、当時採用していた犯行時の規定あるいは刑罰が軽い規定によるという原則(刑法第12条)を遵守していたと考えられている。概括的にいえば、行為者に対する不利益な規定(刑罰法規と司法解釈を含めて)が遡及効の対象に含まれていなかったのである。

しかし、2011年2月25日に《刑法修正案(八)》(2011年5月1日に施行された)が可決された後、中国の司法解釈に遡及処罰の規定が現れてきた。

まず、管制(社会内処遇)とは、中国刑法に定められている最も軽い主刑である。1997年の刑法は、もともと管制を言い渡した犯罪者が刑に服するときに、特定の活動に従事すること、特定の区域、場所に入ることや特定の人と接触することを禁止していなかった。しかし、《刑法修正案(八)》

-
- 13) 罪刑法定主義との間に一定の緊張関係が存するほか、司法解釈には主として以下の欠陥が存する。すなわち、(1)司法解釈は刑法条文の意義を固定化させるため、刑法条文の真義の発見と発展を妨げる。(2)司法解釈は二審制度を形骸化するため、被告人の控訴は事実上役に立たない。(3)司法解釈の叙述方法は成文刑法のようにされている。それを解釈する必要はまだ残っている。それゆえ、司法解釈によって必ずしも明確性を実現することができない。(4)司法解釈によっても不当な解釈ができる状況はまだ避けられない。またそれが法律効果を持っている場合に必ず全国的な法律の不当な適用に至る。(5)司法解釈は最高司法機関によってできたものである。下級の司法機関は上級の司法機関の監督、審査に直面し、ある司法解釈が間違っていたとしても遵守しかない。それが、司法解釈の効果と権威は実定法より大きいという異常な現象をもたらす。(6)下級の司法機関は自発的な積極性を欠けるまま、司法解釈を適用する機械になってしまう。

で追加された刑法第38条第2項で、「管制を言い渡すとき、犯情により、刑を執行する期間に犯罪者に対して、同時に特定の活動に従事すること、特定の区域、場所に入ることと特定の人と接触することを禁止することができる」という規定が創設された。同条第4項で、「本条第2項の禁止命令に違反するものは、公安機関は《中華人民共和国治安管理処罰法》により、罰する」と定められた。他に、1997年の刑法は、執行猶予付きで刑を言い渡された人に対して、執行猶予の期間に特定の区域、場所に入ることと特定の人と接触することを禁止することもなかった。しかし、《刑法修正案(八)》で追加された刑法第72条第2項で、「執行猶予を言い渡すとき、犯罪の事情により、執行猶予の期間に犯罪者に対して同時に特定の活動に従事すること、特定の区域、場所に入ることと特定の人と接触することを禁止することができる」という規定が創設された。これらの条文の禁止命令に関する規定は、著しく行為者に不利益をもたらすものである。それゆえ、遡及処罰は許されないはずである。しかし、2011年4月25日に最高人民法院によって公布された《〈刑法修正案(八)〉の時間的効力についての解釈》第1条第1項により、「2011年4月30日以前の犯罪行為に対して、法律により管制あるいは執行猶予を言い渡すべき場合に、人民裁判所が犯情により、管制あるいは執行猶予の期間に犯罪者に対して同時に特定の活動に従事すること、特定の区域、場所に入ることと特定の人と接触することを禁止することが明らかに必要だと認めれば、改正後の刑法第38条第2項あるいは第72条第2項の規定を適用する」と定められた。最高人民法院の元副長官が、この解釈について次の理由を公表した。すなわち、「禁止命令は、新しい刑罰ではなく、ただ管制、執行猶予を受けている者に対して、監督管理の措置をより具体的に完備することだけである。刑法修正案(八)が禁止命令の制度を増設する前には、厳格かつ有効的な監督管理の措置が欠けていたため、犯情が軽い者に管制、執行猶予を言い渡すのが不適当であった。そして、禁止命令の制度を増設した後、その命令を適用して監督管理の問題を効果的に解決できるため、前述の事情から法律により管制、執行猶予を言い渡すことができるようになった」という。この両者を

比較して、改正後の刑法を適用するのは被告人に対して有利な規定なので、「犯行時の規定あるいは刑罰が軽い規定によるという原則」に符合するといわれている¹⁴⁾。

しかしながら、前述のような新しい禁止命令の規定によって遡及処罰が許されるという司法解釈については、それが罪刑法定主義に違反することであり、前述の理由は筋が通らないと認めるべきである。1. その禁止命令の規定が明らかに行為者に不利益をもたらす。《刑法修正案(八)》が公布される前になされたある犯罪行為について管制あるいは執行猶予が言い渡されたときに、《刑法修正案(八)》の禁止命令を適用するのは被告人に有利なことではなく、被告人に(軽い規定による)判決が下されたとは認められない。2. 刑法第12条により、軽い規定による処罰という原則を採用すべきときに、個別の事案に対する結果を比較するのではなく、新、旧刑法規定の(刑罰の)軽重により、比較して考量すべきである。ただし、前述の司法解釈が実際に個別の事案に対する比較であるため、不当になる。3. 刑法第12条に定められる軽い規定による原則が、刑罰のみならず、刑法に定められるほかの処罰と処分にも及ぶ。だが、前述の司法解釈は禁止命令が刑罰ではないという理由によって遡及処罰をする。それには、疑問が存するところである。

続いて、1997年の刑法第50条は、もともと「死刑の執行猶予が言い渡された者は、その執行猶予期間に故意犯罪を行なわなかった場合、2年を経過した後、無期懲役に減軽する。明確な功績を立てた事情がある者は、2年を経過した後、15年以上、20年以下の有期懲役に減軽する。故意犯罪を行なった事実が認められた場合、最高人民裁判所の許可を得た後、死刑を執行する」と定められていた。しかし、《刑法修正案(八)》が第50条を以下のように改正した。すなわち、「死刑の執行猶予を言い渡された者が、その猶予期間中に、故意犯罪を行なわなかった場合、2年を経過した後、無期懲役に減軽する。明確に功績を立てた事情がある者は、2年を経過した

14) 张军(当時の最高人民裁判所副長官)「认真学习刑法修正案(八) 促进经济社会发展」人民法院报2011年5月4日第5版。

後、25年の有期懲役に減軽する。故意犯罪を行なった事実が認められた場合、最高人民裁判所の許可を得た後、死刑を執行する」という規定である。そして、第2項を追加した。つまり、「死刑の執行猶予を言い渡された累犯者及び故意殺人、強姦、強奪、誘拐、放火、爆破、危険な物質を投与し、あるいは組織的な暴力犯罪で死刑の執行猶予を言い渡された犯罪者に対して、人民裁判所が犯情により同時にその減軽の制限を加えることができる」という規定である。それから見ると、改正後の刑法50条第1項と第2項の規定がもともとの規定より著しく厳しくなり、行為者にとって不利益をもたらすことだといえるであろう。しかしながら、2011年4月25日に最高人民裁判所に公布された《〈刑法修正案(八)〉の時間的効力についての解釈》第2条第2項で、「被告人に累犯の事情があり、あるいは犯した罪が故意殺人、強姦、強奪、誘拐、放火、爆破、危険な物質を投与し、あるいは組織的な暴力犯罪であり、重大な事情がある場合、改正前の刑法により死刑の執行猶予を言い渡すことで罪刑均衡の原則を具体化することができず、改正後の刑法により死刑の執行猶予を言い渡すと同時に減軽の制限を加えて決定することで、その罪を適切に処罰できれば、改正後の刑法第50条第2項の規定を適用する」と定められている。最高人民裁判所の元副長官がその解釈について以下の理由を説明した。すなわち、「これも、この状況において改正後の刑法を適用することが死刑を即時に執行することを控えることに有利であり、被告人にも有利であり、『犯行時の規定あるいは刑罰が軽い規定によるという原則』と符合する¹⁵⁾」というのである。

同様に、以上の刑の減軽の制限に関する規定を遡及して適用できるという司法解釈についても罪刑法定主義に違反すると認めるべきである。まず、刑の減軽の制限は、明白に刑の期間を延ばし、行為者に不利益をもたらす規定である。《刑法修正案(八)》が公布される前にすでに死刑の執行猶予を言い渡された犯罪行為に対して、《刑法修正案(八)》における刑の減軽

15) 張軍・前掲注(14)第5版。

の制限を適用するのは、被告人に利益をもたらすことではないので、被告人に「軽い規定により」言い渡したとは認められない。続いて、《刑法修正案(八)》が公布された後、もともと死刑を即時に執行する刑を言い渡されるべき犯罪者に対して、死刑の執行猶予と刑の減輕の制限を宣告することが、被告人に有利であるため軽い規定による原則と符合する、とは認められない。

前述の司法解釈が公布された後、下級審の司法機関は《刑法修正案(八)》が公布される前に犯された多くの犯罪に対して、禁止命令あるいは刑の減輕の制限を適用した。これらは罪刑法定主義に違反する行為だと思われる。

IV. 類推解釈の禁止について

現行刑法が罪刑法定主義を定めて以来、中国における司法人員ができる限り類推解釈の手法を避けていることが理解できるであろう。それにもかかわらず、類推解釈の判決が依然として存在している。一方、罪刑法定主義に違反することを懸念して、刑法を解釈することを差し控える現象もある。ここで説明する必要があるのは、中国における司法解釈の制度である¹⁶⁾。以下では司法解釈と具体的な事例に分けて紹介しよう。

16) 中国に司法解釈の制度が存在する主な原因は以下とおりである。すなわち、(1)新中国が成立した後、国民党時代に制定された六法は廃棄されたが、新しい刑法典はすぐにできたわけではなかった。ただ、いくつかの刑罰法規が存したにすぎない。下級裁判所は刑事事件を審理して問題に直面したとき、上級法院に伺う。最高人民法院所は下級裁判所の刑事審判を指導するため、指導的な規定を公布せざるを得ない。これらの指導的な規定は実際に法律とほぼ等しいが、最高人民法院所は立法機関でないため、これらの指導的な規定は司法解釈と呼ばれて今日まで踏襲されてきた。(2)中国人はいつも「統一」、「同一」を追求している。同じ事件は中国の全国各地で同じ判決が言い渡されることが望まれている。最高人民法院所の司法解釈はちょうど国民のこの願いを満たすこと

1. 類推解釈の現象

(1) 司法解釈

中国の司法解釈の中に類推解釈の現象があると思われる。すなわち、刑法の構成要件に合致しない行為を構成要件に合致する行為として解釈することである。

①最高人民裁判所、最高人民検察院が2001年4月5日に公布した《偽造、粗悪商品の製造、販売にかかる刑事事件につき、法律をどのように具体的に適用するのかという問題についての解釈》第6条第4項に、「医療機関あるいは個人が、身体を健康を保障するための国家や職業の基準と符合しない医療機器、医療用品であると認識し、あるいは認識すべきである

ができるものである。(3)新中国の最初の刑法典の中で、計192条の条文が存したが、条文の叙述は簡単すぎて不明確なところがあった。1997年に可決された新刑法典の中で条文は452条まで増えたが、不明確なところはまだ多く残っている。そのため、下級裁判所は、よく最高人民裁判所に不明確な条文について解釈することを求める。特に、刑法各則に定められている「数が比較的大きい」という基準について、下級裁判所は最高人民裁判所に司法解釈を通してその具体的な数を規定することを求める。(4)「文化大革命」などの原因で、1980年に最初の刑法典が施行されたとき、裁判官、検察官がいなかったため、法律をまったく知らない人（その中には、軍隊から転職した人が多かった）を短い訓練を受けさせて、裁判官、検察官として働かせるしかなかった。彼らは刑法を適用する能力を著しく欠いていた。それゆえ、最高人民裁判所、最高人民検察院は、司法解釈を公布し、争いがある事件についてその処理の方法を規定する。(5)中国では、裁判官、検察官に誤審、誤起訴された事件の追及制度が行われている。すなわち、上級裁判所が下級裁判所の判決を変えると同時に、下級裁判所の裁判官に不利な効果が生ずる。下級裁判所の裁判官は自己に不利な影響を避けるため、言い渡す前に上級裁判所の意見に伺う。場合によって最高人民裁判所に伺うこともある。それに、最高人民裁判所はある種類の事件がよく問い合わされる場合、それについて司法解釈をする。(6)中国には4級の裁判所がある。刑事訴訟は二審制度を採っている。一般的な刑事事件の終審は中級裁判所までであるが、重大な犯罪の終審は高級裁判所までである。死刑を除いて、他の刑事事件は最高人民裁判所で審理するのは不可能である。それによって最高人民裁判所は具体的な判決を通して下級裁判所を指導することができないため、司法解釈の方法によって下級裁判所を指導する。

にもかかわらず、それを購入、使用し、身体に健康に重大な危害をもたらした場合、基準に符合しない医療器具の販売罪で処する」という規定がある。問題になるのは、それらの医療器具を購入、使用する行為が、「販売」する行為に属するかということである。上述の司法解釈は、類推解釈であるため、認めないほうが妥当だと思われる。

②最高人民裁判所、最高人民検察院が2001年7月3日に公布した《高等教育機関の学歴、学位証明書を偽造し、その偽造されたものを販売する刑事事件につき、法律をどのように適用するかという問題についての解釈》で、「高等教育機関の印章を偽造して学歴、学位証明書を製作する行為は、刑法第280条第2項により事業機関の印章の偽造罪で罰せられる。偽造の高等教育機関の印章で製作された学歴、学位証明書をはっきり認識した上で販売する者は、事業機関の印章の偽造罪の共犯で論じる」と定められている。しかし、偽造の高等教育機関の印章で製作された学歴、学位証明書をはっきり認識した上で販売する者は、事前に偽造者と共謀した行為がある場合にしか、事業機関の印章の偽造罪の共犯にはならない。偽造の学歴、学位証明書を販売する者には、その物が偽造物であることをはっきり認識していても、事業機関の印章の偽造罪の共犯が成立しない。したがって、この司法解釈は、刑法総則にある共同犯罪に関する規定に違反し、販売行為を偽造行為で解釈し、類推解釈を導いたのである。

③最高人民裁判所が2000年11月27日に公布した《野生動物の資源を破壊する刑事事件につき、法律をどのように具体的に適用するかという問題についての解釈》第2条により、「刑法第341条第1項に定められる『買い付け』は、利益を図る自家用の目的での購入行為を含めている。『輸送』は、自ら、郵便、他人や交通機関を利用するなどの方法で運搬する行為を含んでいる。『売り出し』は、売ることと利益を図る目的の下で行なわれた加工と利用の行為を含めている」と定められた。しかしながら、ここで利益を営む目的の下で行なわれた加工と利用の行為をも「売り出し」として解釈するのは類推解釈に属する。それは行為者が他人に有償で加工行為を実施するときに何も売らないからである。

④最高人民裁判所、最高人民検察院が2013年5月2日に公布した《食品安全に危害を及ぼす刑事事件につき、法律をどのように適用するかという問題についての解釈》第9条には、「食用の農産物を栽培、養殖、販売、輸送、貯蔵するなどの過程において禁止される農薬、家畜の糞など、あるいは他の有毒、有害の物質を使用する者」は、刑法第144条により罰するという規定が定められている。刑法第144条に定められている構成要件は、「製造、販売している食品の中に有毒、有害の非食品の原料を混入し、あるいはその事情をはっきり認識して販売する」行為である。

しかしながら、禁止される農薬、家畜の糞など、あるいは他の有毒、有害の物質を「使用」する行為は、必ずしも「食品」の中で有毒、有害の非食品の原料を「混入」する行為に属するわけではない。例えば、米を栽培する過程に、その苗に異常な状態が出てくるとき、穂が出る前に農薬を使う。未熟成、未加工の米を「食品」（この解釈が類推解釈に属するか否かは、まだ疑問が残る）として評価しても、苗がまだ穂が出ないときに禁止される農薬を使用する行為はすべて、「食品」の中に有毒、有害の非食品の原料を「混入」、「添加」する行為に属するわけではないであろう。

⑤最高人民裁判所、最高人民検察院が2013年9月6日に公布した《インターネットを利用して誹謗を行なった刑事事件につき、法律をどのように適用するかという問題についての解釈》第5条第2項に、「虚偽の情報を捏造し、若しくはその事情をはっきり認識し、それをインターネットで頒布し、あるいは他人を組織し、その頒布行為をさせ、騒動を起こして公の秩序をはなはだしく混乱させた者は、刑法第293条第1項第4号により、騒動を惹起する罪で処罰する」という規定がある。刑法第293条第1項第4号に定められている行為とは、「公の場所で騒動を挑発、惹起してその場所の秩序をはなはだしく混乱させる」という行為である。問題になるのは、いわゆる「インターネット」が、「公の場所」に属するか否かである¹⁷⁾。

17) その他、インターネット上で偽りの情報を頒布する行為が、ここでいう「騒動を起こすこと」に属するか否かもなお研究する余地があると思われる。

これについて、関係者は以下のことを示した。すなわち、「インターネットのスペースは公のスペースに属し、インターネットの秩序もまた社会の公の秩序の重要な一部分である。インターネットの技術が高速に発展することに伴って、インターネットは人々の現実的な生活とほぼ一体化し、近接して不可分なものとなっている。社会の公の秩序を維持するのはインターネットの使用者の共同責任である。少数の人がインターネットを利用し、悪意を持って虚偽の情報を捏造して頒布し、騒動を挑発、惹起し、社会の公の秩序をはなはだしく混乱させたことにより、彼らは現実的な社会的な危険性を持っており、騒動を惹起する罪でその刑事責任を問うべきである¹⁸⁾」という。しかし、この解釈は説得的なものではなく、言い換えると、この解釈は実は類推解釈なのである。

確かに、先に挙げた司法解釈が類推解釈に属するか否かについては今なお争いが存在しているものの、学者たちに類推解釈として認められている司法解釈は、一般的に社会法益を侵害し、そして発生率がより高い犯罪に向けられているものである。このことから、以下のことを認めることができる。すなわち、司法解釈は、社会法益の保護を重視しているが、行為者の自由の保障については軽視しているということである。

(2) 争いがある事例

中国においては判例集がないため、学者らにとって、類推解釈の具体例を全て見つけるのはかなり困難であり、むしろ不可能であるといえる。我々は法律のデータベースあるいは新聞、雑誌、本の中で一部の事例のみを見つけていくことができるに過ぎない。以下では、いくつかの事例を紹介したい。

① ある種類の事例：自殺の教唆、幫助罪

中国刑法第232条に、「故意で人を殺す者は、死刑、無期懲役あるいは10

18) 戴佳「保护公民合法权益 促进网络健康发展—最高人民法院、最高人民检察院有关部门负责人就〈最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释〉答记者问」检察日报2013年9月10日第3版。

年以上の有期懲役に処する。犯情が軽い者は、3年以上10年以下の有期懲役に処する」と定められている。中国刑法において、日本刑法のような自殺の教唆罪あるいは幫助罪はない。しかし、中国の司法実務は、ほぼ例外なく、他人の自殺を教唆、幫助する行為を犯情の軽い故意殺人罪として認める。

それについては、以下のことが原因であるといえる。

すなわち、まずは、中国の旧刑法と新刑法においては共に正犯の概念が用いられていないということである。共犯の分類については、主犯、従犯、脅された従犯、教唆犯の概念が使われている。そして主犯と従犯の区別は正犯と共犯の区別ではない。例えば、教唆犯は完全に主犯になりうる。したがって、司法機関は、各則に定められている行為に教唆と幫助行為を含めており、自殺の教唆と幫助も各則に定められている「殺人」行為に属し、各則にある故意殺人罪の規定を直接に適用することができるということを認めるのである。

さらに、旧刑法時代の教科書と現代の教科書の大部分が構成要件の行為を論ずる際に用いられるのは、ただ「危害の行為」という概念のみである¹⁹⁾。それゆえに、他人の自殺を教唆、幫助する行為は当然に危害の行為であり、故意殺人罪の構成要件行為に該当することになる。

また、中国において「人が死亡したら、訴訟に勝つ」という諺がある。言い換えると、単に誰かが死んだら、死者とその家族の筋が通り、それにより、訴訟に勝って自分の意思を満たす判決となる。他人の自殺を教唆、幫助する事案が発生すると、死者の家族だけではなく、普通の国民もその行為者の刑事責任を追及する。この圧力に対応して、司法機関は自殺を教唆、幫助する行為者を犯情の軽い故意殺人罪を認めるのである。

最後に、1980年代の教科書には自殺を教唆、幫助する行為につき故意殺人罪が成立することがはっきり示されていなかった。しかし、司法実務の

19) 高铭暄編・前掲注(2)118頁以下、高铭暄・马克昌編『刑法学』(北京大学出版社、第4版、2010)67頁以下、王作富編『刑法』(中国人民大学出版社、第4版、2009)50頁以下参照。

方法・態度が教科書に影響をもたらした。それ以降、比較的権威がある教科書においても自殺の教唆、幫助行為につき故意殺人罪が成立することが主張されるようになった²⁰⁾。したがって、司法実務と刑法理論は互いに影響を与え合ってきた。このように、自殺の教唆、幫助行為を故意殺人罪として直接に認める方法が強化されてきたのである。

② ある事例：組織的に男性を売春させる事例

2003年1月から8月まで、李某が利益を図るため計画を立て、その前後で劉某、冷某などと共謀し、広告を掲げて新聞に載せる方法で「ホスト(男娼)」を招聘し、それを系統的に管理した。そして、彼が経営している「金麒麟(キンキリン)」、「廊橋(ロウキョウ)」及び「正麒(セイキ)」というバーで、それらの「ホスト」を同性愛の買春者に紹介した。ホストは買春者を南京市にある「新富城(シンフジョウ)」などのホテルにまで連れて行き、そこで同性愛の売春をした。同年8月17日、李某が警察に逮捕された。検察は李某が7回の買春事件に関与し、そのうち12万4700元(人民幣)の利益を得た事実で、彼を起訴した。

警察機関が検察に拘引を申し込んだ後、彼の行為の性格について争いが生じた。

もともと争いが存在しないと思われていたある言葉の通常の意味は、常に発展しており、新しい事実に伴って形成される。もともと売春というのは女性が男性に性交行為を売ることを指した。それゆえに、旧刑法には売春の目的で女性を誘い、泊ませる罪、女性に売春を強要する罪があった。その後、女性が男性に売春するだけでなく、逆に、男性が女性に「売春」という行為も生じるようになってきた。それゆえ、現行刑法は「女性」を「他人」に改正したのである。現在では、男性も売春者になり得ると認められている。しかしながら、同性愛者の増加に伴って、女性が女性に、あるいは男性が男性に性的なサービスを提供して金銭を授受す

20) 高铭暄、马克昌編『刑法学』(北京大学出版社、第1版、2000)470頁、同・前掲注(19)514-515頁、王作富編・前掲注(19)405頁参照。

るという現象も共に増加した。そうすると、売春という言葉の通常の意味は変化していると認められるようになったのである。同性同士で性的なサービスを提供する事実が出てきたので、「売春」の意義もそれと共に変化した。現在、「売春」という言葉はもちろん同性者の間の売春行為を含んでいる。現実の生活において、普通は異性の人に売春し、そして主に女性が男性に売春する。ただし、これは規範の内容ではなく単に事実であるにすぎない。規範の当てはまる範囲を自らが知っていることだけに限定するのは、適当ではないと考えられる²¹⁾。

V. 明確性について

一般的にいえば、明確性は刑事立法に関する要請であり、立法権に加えられる制限だと考えられている²²⁾。他の法理論においては、刑法理論のように法律の明確性を求めるものはないといえる。その意味で、罪刑法定主義にある明確性の要請は、明確性の原則に最大の貢献をもたらした。

今日、中国の立法機関が採用している刑事立法の方法は、全ての犯罪類型を一つの刑法典に規定することである。それゆえ、数多くの行政、経済犯罪は全て刑法典に規定され、白地刑法も増加してきた。しかし、白地刑法の条文は、「……法規に違反し」、「……管理規定に違反し」あるいは「国家规定に違反」することという書き方であり、各法規の具体的な条文と国家规定の具体的な内容に関する記述が欠けており、常に、処罰範囲が不明確なままである。白地刑法の増加は、結局、司法の実践において、不当に処罰範囲を拡大し、あるいは縮小することとなった。

刑法理論が学説の解釈を通して不明確な刑法規定を明確に解釈し、刑法

21) その他、いわゆる全人代常務委員会の口頭答弁の手續と内容はおかしいと思われる。その中で組織売春罪を「対比する」という言い方は実際は類推解釈ではなからうか。

22) 陈兴良『罪刑法定主义』（中国法制出版社、2010）55頁以下、张明楷・前掲注（10）58頁以下参照。

の不明確性を補充するのに重要な役割を果たしているのは、否定できない。司法の実践から見ると、刑法の不明確性は主として司法解釈により補充されている。例えば、刑法各則の中の多くの条文に「数が比較的大きい」という要件がある。その基準は、基本的に、司法解釈により認定されている。または、刑法各則の多くの条文に「事情が重大であり」、「事情が悪質である」という構成要件要素がある。これについて、司法解釈は常に、犯された犯罪の「事情が重大であり」、「事情が悪質である」具体的な事情を列挙して決定するのである。

罪刑法定主義が要請している明確性は、主として立法機関に向けられているが、それは刑事実務において機能しないと意味がない。周知の通り、国民が直接に刑法典を読むことを通じて日常生活をすることはなく、大多数の国民は刑法典を読まないのである。それに対して、国民はマスメディアなどを通じて判決を理解し、刑法がいかなる行為を禁止しているのかを知るようになる。刑事判決は、いかなる行為に犯罪が成立するかということを当事者だけではなく、一般人にも告知している。そうであるならば、刑事判決は明確性を備えるべきである。したがって、一般人がそれを通じていかなる行為が犯罪になるかということを知るようになる。

刑事判決が明確性を満たすために重要な点は、刑事判決が明確に判決の理由を示す必要があるということである。しかし、それについて、中国の刑事判決はまだはるかに追いついていない。このことは主として、以下の方面に現れている。すなわち、1. 刑法各則にある条文が犯罪類型をいくつかの項に分けて列挙している場合、刑事判決文には常に、ただ犯罪者の行為がその条文に違反する事情が述べられているだけで、その条文の何項に違反するのかは必ずしも述べられていない。2. 刑事判決文において、ただ被告人の行為は刑法の犯罪成立要件を満たすことが簡略に述べられているが、その理由は具体的に述べられていない。つまり、被告人の行為がいかなる犯罪成立要件を満たすのかは、示されていないのである。3. 一部の判決文は犯罪事実を認定するときに犯罪の構成事実のみならず、犯罪が不成立の事実も記載している。それゆえ、一般人にとって、判決文で述

べられている事実にはどの部分が犯罪を構成するかが把握しがたい。4. 刑事判決は、被告人とその弁護人によって提出された無罪あるいは軽い罪の抗弁理由に対して、それぞれ論駁せず、ただ簡単に「被告人と弁護人の抗弁は不適当である」と述べるだけである。5. 2010年10月1日以前は、刑事判決文に量刑の理由が一切記載されていなかった。《人民裁判所の量刑に対する指導的な意見》（2010年10月1日施行）が最高人民法院によって公布された後、刑事判決書に、基本的にその指導的な意見に定められている15種類をよく見られる犯罪について、量刑の理由が記載されているが、他の犯罪に対しては、基本的に何らの量刑の理由もまだ述べられていない。国民が主としてマスメディアによって広められた刑事判決を通じていかなる行為が犯罪を構成するのかということと、その犯罪がいかなる刑罰に処されるのかということとを把握するにあたって、もし刑事判決文に犯罪の認定事由と量刑の理由が述べられていないのであれば、明らかに、国民は自分の行為を予想することが不可能になる。したがって、国民の行為が萎縮することとなり、また、その自由も侵害されるようになってしまうのである。おおむね、そのやり方は、罪刑法定主義にある明確性の要請と符合していない。近時、最高人民法院と刑法学者たちが絶えず判決文で理由を述べる重要性を強調しているにもかかわらず、現実に判決文でその理由を述べるのにはまだ理想的な状況にははるかに至らない。そのひとつの重要な原因は、裁判官は自らの判決が一般国民の生活に影響をもたらすことを意識しておらず、判決の明確性も罪刑法定主義の要求をみたしておらず、判決でその理由を述べる能力も欠いているということである。

VI. 残虐な刑罰の禁止について

一般的に、残虐な刑罰というのは、必要がない精神的、肉体的な苦痛を内容として、人道上残虐な刑罰と認められているものである。

総合的に言えば、中国刑法で定められている法定刑は比較的嚴格である。そのうち、経済犯罪に対して、少なくない条文に死刑が定められてい

る。2011年2月25日に可決された《刑法修正案(八)》は13種類の犯罪について死刑を廃止したが、現行刑法にはまだ50条あまりの条文で死刑が定められている。それについては、以下の原因があると思われる。すなわち、

1. 厳罰主義と「乱世には厳罰で世の中を治める」ということが中国の伝統といえる。新中国が成立した初期に(1950年代から60年代の初めまで)、中国において犯罪率が極めて低かった、そして多くの犯罪(例えば、誘拐犯罪、覚せい剤と麻薬の犯罪など)が基本的になくなった。しかし、1980年代以降、犯罪率、特に重大な犯罪の発生率が毎年増加している。古代の中国にある「乱世には厳罰で世の中を治める」という観念の影響を受けて、国民がそれぞれの犯罪を厳格に処罰することを要請しているため、刑法の多くの犯罪について厳しい法定刑が定められている²³⁾。厳罰が犯罪の抑止に役立たないという事実があるにもかかわらず、実証の研究を欠いている刑事法理論が、十分な証拠を国民に提出して説得しなかったのである。
2. 中国の国民は、物質上・生活上の水準が低く、そして、精神的には人身の自由に重きを置くまでには至っていない²⁴⁾。欧米諸国においては刑罰とされている何種類かの刑罰が、中国ではまだ刑罰とされていない。特に、短期自由刑は中国において基本的に役に立たず、罰金刑も大体執行しがたいため、厳罰は避けられなくなる。
3. 現在、中国は国家発展の重点を経済においている。それに対して、政治体制と社会管理体制の改革は停滞している。上昇しつつある犯罪率に直面して、中国は優れた社会政策を通じて犯罪を予防するのがなお困難であるため、厳罰によって犯罪を予防するのが主要な方策になってしまうのである。

刑事司法において、厳罰主義に基づく判決は極めて多い。

23) 1997年の新刑法典の中で数多くの犯罪の法定刑は明らかに1979年の旧刑法より重い。

24) 一つの例として、中国刑法238条に違法勾留罪が定められているが、最高人民検察院が2006年7月26日に公布した《汚職の権利侵害罪についての立件に関する基準の規定》によって、一般的に他人を24時間以上違法に勾留したことしか立件できないこととなった。

厳罰主義の観念のほか、裁判官が重い刑罰に処する主要な原因は、次のとおりである。すなわち、1. 裁判官たちは、法定刑の限度内で処すれば、罪刑法定主義と比例原則（罪刑均衡の原則）に違反しないと考えている。裁判官にとっては残虐な刑罰の禁止が罪刑法定主義の内容とみなされていない。一般的に量刑の判断が比較的重い状況の下で、裁判官も自分の判決が比例原則に違反することとは考えていない。2. 裁判官に必要な独立性が欠けている。総体的な刑事政策が厳罰主義に立っている背景の下で、裁判官の判決は公安及び検察機関の主張と対立しすぎており、裁判官と公安、検察機関との関係が悪化する状況を招き、最終的に裁判官にトラブルをもたらしている。つまり、公安、検察機関が被告人に対して重い刑を求めるとき、裁判官も彼らの意見を考慮せざるをえなくなるのである。3. 中国政府は、裁判官たちの判決が持つ法律的な効果のみならず、社会的な効果にも着目しなければならないと強調している。国民が強い厳罰主義の観念を持っているため、軽い処罰の判断は国民の強烈な反対を招き、それゆえ、社会的に悪影響をもたらすというのである。したがって、重い刑罰は裁判官の最良の選択ということになってしまう。4. 目下のところ、司法の墮落（すなわち、司法機関、司法人員の墮落である）が極めてひどいと考えられている。そして、被告人の家族に賄賂を要求し、若しくは収受した後、被告人に無罪、処罰の免除を宣告し、あるいは軽く処罰することが、裁判官の墮落とされている。それゆえ、軽く処罰するのは裁判官たちの墮落を象徴するかのようになっているのである。換言すれば、もしある裁判官が犯罪者を軽く処罰すると、彼の同僚ないし事件の真相を知っている人は彼が賄賂を収受したという疑念を持つのである。それゆえ、重い刑罰で処罰するのが可能な事件で、厳罰にしなくてもよいにもかかわらず、同僚の疑念を避け、そして自分の潔白を証明し、自らの名誉を維持するため、重い刑罰を言い渡すということになる。おおむね、重い刑罰を言い渡した裁判官には何らの不利な影響をもたらされないが、逆に、軽い刑罰を言い渡した裁判官には不利な影響が生じる。5. 裁判官たちは法定刑の内容を合理的に分配するのがうまくできないので、ある犯罪に直面すると

比較法雑誌第48巻第4号（2015）

き、彼らは通常、法定刑の真ん中以上の範囲から刑罰を選択する。そして、もともと法定刑が比較的重い場合、裁判官が判示する刑罰も重くなるのである。